

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Empresas públicas locales. No vulnera las competencias del Alcalde una modificación acordada por el Pleno modificando los estatutos de una S.A. municipal y dando la presidencia de la Junta General a quien este órgano designa y no al Alcalde.

Se debate en este proceso la conformidad a Derecho de los Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Jerez, constituido en Junta General Extraordinaria de la empresa JECOMUSA de 10 de diciembre de 2002, por los que se modifican los Estatutos en sus Art. 14 y 18.

Los actores que eran Concejales del Ayuntamiento de Jerez por el PSA, consideran que los citados Acuerdos son nulos de pleno derecho por dar nueva redacción a los Art. 14 y 18 en cuanto a que "corresponde a la Junta General la designación del Presidente del Consejo de Administración y el Presidente del Consejo de Administración será la persona que designe la Junta General, y por ello invaden las competencias del Alcalde, lesionado en su derecho a permanecer en el cargo y porque se prescindió del procedimiento legalmente establecido con infracción del Art. 83 del RD 2568/86, al acordarse en Junta General Extraordinaria un asunto no incluido en el orden del día (Art. 62.1 a) y e) Ley 30/92.

Alega la demandada que las cuestiones planteadas ya han sido analizadas por la sentencia nº 82/2003 recaída en el P.O. 1/2003. Y aunque esta no puede tener efecto de cosa juzgada por no existir identidad entre las partes (en aquél el demandante era DON PEDRO PACHECO, Alcalde de Jerez, y en este los Concejales de su partido) no cabe duda que lo resuelto allí es plenamente aplicable y debemos aquí dar por reproducido.

A mayor abundamiento, al margen de la falta de legitimación activa de los Concejales para defender el derecho al cargo del Alcalde y sus competencias, es obvio, que siendo la empresa JECOMUSA, una Sociedad capital municipal que gestiona un servicio público de manera directa, no solo se rige en cuanto al procedimiento y régimen de adopción de acuerdos por "la normativa administrativa local, sino que el funcionamiento de la Sociedad se rige por la Ley Mercantil.

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

De ahí que la modificación de los Estatutos en cuanto a la elección del Presidente del Consejo de Administración forma parte de dichas funciones y es ajena al Derecho administrativo.

Por otra parte no tiene porqué coincidir el Presidente del Consejo con el cargo de Alcalde, ni con ello se priva de sus competencias pues en su condición de concejal forma parte de la Junta General y participa de los asuntos públicos, por lo que ninguna vulneración de derechos fundamentales existe en dicha modificación.

En cuanto al segundo motivo, en modo alguno se ha prescindido del procedimiento legalmente establecido, puesto que la Junta General al amparo del Art. 46.2 a), al negarse el alcalde a la solicitud de celebración, con una propuesta concreta entre la que se encontraba la modificación de los Estatutos (Art. 14 y 18) respetando así el derecho fundamental de los Concejales solicitantes a participar en asuntos públicos (Art. 23 CE), por lo que los Acuerdos adoptados en su seno son plenamente validados al ser el cauce procedimental elegido el adecuado conforme al Art. 46.2 a) de la Ley y 78 del Reglamento de Organización.

(St. de 6 de marzo de 2008. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente M^a Luisa Alejandre Durán)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Expropiación de terrenos sobre los que trascurren sistemas generales. Solo se considera suelo urbanizable si constituyen entramado urbano y no vías de comunicación interurbanas.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Sevilla adoptado en sesión celebrada el día 6 de junio de 2002 por el que se fija en 144.369,77 , incluido premio de afección, el justiprecio correspondiente a la expropiación de 133.199 m² de terrenos destinados a labor de secano y pastizal, más 282 m² de resto aislado, situados en la localidad de Guillena y expropiados por el Ministerio de Fomento para la ejecución de las obras correspondientes a la "Autovía de La Plata N-630 de Gijón al Puerto de Sevilla. Tramo: Venta del Alto-Enlace de Gerena".

Frente a la valoración del Jurado de Expropiación de conformidad con la clasificación como no urbanizable del terreno expropiado, opone la actora que nos encontraríamos ante un sistema general de comunicaciones que al crear ciudad debe ser valorado como suelo urbanizable, citando en apoyo diversas sentencias del Tribunal Supremo. Al respecto hay que indicar que, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3a, Sección 6a, de 14 de febrero de 2007, mencionando otras de esa Sala de 3 de diciembre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.003 "la valoración como suelo urbanizable

de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengan clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquellas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión, con la posible excepción que se fija en las Sentencias de 22 de diciembre y 12 de octubre de 2.005, entre otras, en relación con la vía de comunicación de las grandes áreas metropolitanas, aun cuando afecten a términos municipales distintos, en que habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear ciudad."

En el presente supuesto, las normas urbanísticas vigentes a la fecha de inicio de valoración del terreno expropiado lo clasificaban como suelo no urbanizable, manteniéndose incluso esta misma clasificación en el planeamiento aprobado posteriormente (PGMO de Guillena de 26 de julio de 2002) para gran parte de los terrenos objeto de expropiación. Por otro lado, la finca ha sido expropiada con objeto de ejecutar el enlace de acceso de la Autovía de La Plata a la localidad de Las Pajanosas, sin que con ello se conforme entramado urbano, razón por la cual la valoración ha de hacerse conforme a la clasificación como no urbanizable del suelo, según el planeamiento de aplicación.

Desestimada por lo dicho en el fundamento anterior la pretensión principal de la recurrente, queda por examinar la que se articula con carácter subsidiario en la demanda y en la que se parte de la consideración como rústico del suelo expropiado. La discrepancia surge entonces, en primer lugar, en relación con el uso del terreno. Así, respecto de la finca del Polígono 9, parcela 7, de 11,7762 Has, frente al criterio de la Administración expropiante de considerar como pastizal y monte bajo una superficie de 1,2198 Has, la actora considera que a dicho uso sólo se destina 0,28 Has. En lo que hace relación a la finca del Polígono 9, parcela 2 y que la Administración entiende que en su totalidad (1,5719 Has) es pastizal y monte bajo, la actora por el contrario considera que se suelo destinado al cultivo de secano de trigo duro, salvo 0,2499 Has de pastizal y monte bajo. Igualmente considera la recurrente que los criterios de valoración utilizados por el Jurado de Expropiación, que asume la hoja de aprecio de la Administración expropiante, son incorrectos y obsoletos e incluso aunque se aceptaran arrojarían un resultado valorativo superior en aplicación de los valores acordados por mutuo acuerdo con otros propietarios. En todo caso, concluye la recurrente, el referente valorativo a considerar debería ser el correspondiente a la escritura de compraventa de fecha 7 de octubre de 2003, de finca situada próxima a la expropiada, y donde el precio fijado alcanza los 9,02 €/m².

Del conjunto de la documentación e informes que obran, tanto en el expediente de justiprecio como en el recurso contencioso-administrativo, consi-

deramos ajustado a la realidad el criterio de la Administración expropiante en cuanto al uso de los terrenos expropiados. Los planos de localización, obtenidos de los Mapas Topográficos de Andalucía, editados por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, y realizados por el Instituto de Cartografía de Andalucía y el reportaje fotográfico que se aporta con la hoja de aprecio, ponen de manifiesto una realidad agronómica que no queda desvirtuada por el documento de consulta de datos catastrales ni por la imprecisa y poco detallada declaración de ayudas de superficies forrajeras y cultivos textiles de secano que se aportan por la sociedad actora, ni menos aún por los informes técnicos que se aportaron con la hoja de aprecio, con la demanda y el resultante de la prueba pericial practicada y que en absoluto precisan cual sea la proporción del terreno expropiado correspondiente a cada uno de los distintos usos de la finca.

Por lo demás, en cuanto al valor de los terrenos, no puede aceptarse el argumento de la recurrente de que éste incluso hubiera sido superior siguiendo el criterio utilizado por la Administración del correspondiente al mutuo acuerdo en fincas próximas y análogas pues, no fue esta referencia la única la manejada para fijar el justiprecio, sino que fueron tomados en consideración otros como el relativo a la Encuesta Anual de Precios de la Tierra del Departamento de Estudios y Estadísticas de Sevilla de la Delegación Provincial de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, precios de venta de otras fincas o anuncios en prensa, y que, en su conjunto, determinan el precio que se considera real y en cuanto a la compraventa que se aporta la recurrente basta con indicar para su no aceptación como finca testigo de referencia que la misma corresponde a una transmisión del año 2003, muy posterior al de inicio en el año 2000 del expediente de justiprecio.

De aquí que debamos concluir que la valoración del Jurado de Expropiación debe mantenerse en cuanto no se ha acreditado que la misma obedezca a error alguno y dada la presunción de acierto de la que gozan sus acuerdos.

(St. de 24 de marzo de 2008. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Jurisdicción contencioso-administrativo. Determinación de la cuantía a efectos del recurso de apelación. Es la cuantía de cada acto individualmente considerando la que debe considerarse para determinar la viabilidad de la apelación.

Con carácter previo a cualquier posible enjuiciamiento de las cuestiones de fondo que se plantean por las partes apelantes, preciso es determinar si efectivamente nos encontramos ante una sentencia que pone fin a un asunto

que cumple las exigencias cuantitativas, cifradas en 18.030,36 , para poder ser susceptible de recurso de apelación, tal y como dispone el artº 81.1.a) LJCA.

Hay que indicar que en ocasiones la cuantía del recurso viene dada por la acumulación en un mismo acto administrativo de diversas reclamaciones de deuda que son individualizables. Es esta cuantía, la de los distintos actos administrativos, a la que debe atenderse a efectos de fijación de competencia, pues es necesario dejar bien claro que cuantía del recurso y cuantía a efectos de recurribilidad en apelación, casación, o casación para unificación de doctrina son conceptos distintos. En efecto, la cuantía del recurso, según establece el artº 41 de la LJCA de 1998, se fija atendiendo al valor económico de la pretensión, por lo que, de solicitarse la anulación de un acto, habrá de atenderse al contenido económico del mismo y siempre depurando dicha cuantía de elementos ajenos al débito principal, tales como recargos, costas o cualquier otra clase de responsabilidad (art. 42. La LJCA) salvo que los mismos fueran superiores al propio débito. Pero el propio artículo 41.3 se encarga de precisar que en los casos de acumulación o ampliación del recurso, no se comunicará la posibilidad de apelación o casación a las de cuantía inferior. Este criterio extiende sus efectos desde luego a las acumulaciones o ampliaciones producidas en sede judicial, es decir, cuando el inicial litigio se amplía a otros actos administrativos conexos (art. 34, 35 y 36 de la LJCA), o cuando se acumulan recursos inicialmente tramitados por separado (art. 37.1 LJCA) como se ha declarado reiteradamente por una jurisprudencia no necesitada de cita, por invariable. A los efectos que ahora nos interesan, también se ha aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo idéntica regla determinante de la competencia a efectos de la determinación de la cuantía cuando la acumulación se hubiera producido en vía administrativa, y así, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1991 declara que “ como señala la sentencia de esta Sala, de 13-6-88, del art. 50.3 de la misma Ley deriva que cada una de las pretensiones acumuladas conserva pese a la acumulación su propia individualidad cuantitativa respecto de la apelación, independientemente del resultado que arroje la suma de las cuantías de cada una de las pretensiones, siendo, en definitiva, la cuantía de cada una de éstas, aisladamente considerada, la que abre o cierra el cauce de la apelación con independencia de la cifra que alcance la suma de las cuantías de las diferentes pretensiones acumuladas ... “. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1991 declaró que en los casos de acumulación en vía administrativa, por la propia Administración o a instancia de los interesados, de los diversos actos administrativos de individualidad jurídica, en una sola resolución, ello no alteraría en ningún caso la competencia de los órganos judiciales afirmando que” si la Corporación ha reunido en las liquidaciones formales referentes a las tres Subestaciones de Transformación las cuotas tributarias correspondientes a varios periodos impositivos y, dentro de cada uno de ellos, a los dos devengos semestrales, lo ha hecho en el ejercicio de su potestad para cobrar,

en el momento pertinente o después, el importe de sus créditos tributarios; pero ello, que es el ejercicio de un derecho o potestad, nunca puede trascender o anteponerse a las atribuciones de competencia de los Tribunales de Justicia, regidas, en general, por los arts. 18, 21.1 y 24 vigente Lap J de 1985 y 8.2, 10.1 , a) y 94.1, a) Ley de esta Jurisdicción. De donde, siendo el devengo del impuesto el factor constitutivo de la obligación tributaria y, por tanto, del consecuente acto administrativo de **liquidación** que la concreta y determina, con los caracteres de acto administrativo autónomo, independiente e individualizable, la acumulación de varios de estos potenciales actos en uno solo no ha de alterar el régimen jurisdiccional de la competencia, desvirtuándolo a merced del criterio de cualquiera de los sujetos tributarios". Por tanto, y en conclusión, puede establecerse que la cuantía de cada acto administrativo, considerado por separado e individualizadamente, es la que determina la competencia del órgano judicial, tal y como establece la citada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, reiterada posteriormente por las sentencias de 26 y 30 de abril de 1999.

Esta doctrina que ha sido aplicada a supuestos como son, no solo las liquidaciones tributarias, sino también las reclamaciones de intereses de demora por el pago tardío de certificaciones derivadas de un mismo contrato administrativo de obras, es trasladable también al que nos ocupa. Así, aunque la Administración en una única resolución proceda a la liquidación de lo que se dice constituye una única subvención, lo cierto es que la misma hace referencia a dos cursos completamente distintos. Uno de ellos, el 41/1 para la especialidad Grafista/Maquetista y el otro, el 41/7 para el de Programador de Aplicaciones Informáticas. Respecto de cada uno de ellos se hace una liquidación final del curso de F.p.a. de referencia, descontando cantidades autoliquidadas por la entidad subvencionada que responden a conceptos y cantidades distintas en una y otra, arrojando un saldo final de 3.641,91€, resultado de la compensación del reintegro que resultaría del curso 41/1 con las cantidades que deben abonarse como parte de la subvención no anticipada en el curso 41/7. Frente a ello, la entidad Grupo Neteman S.L. consideró que dicha liquidación no se ajustaba a Derecho en la cuantía de 25.122,90 €, sin diferenciar la correspondiente a cada curso. Apreciándose, al calcular la diferencia de lo liquidado con lo reclamado, que, separadamente, en ninguno de los cursos de F.p.a. se alcanzan los 18.030,36 € que harían viable la interposición del recurso de apelación, la consecuencia debe ser la de declarar inadmisibile el recurso de apelación y posterior adhesión al mismo.

(St. de 11 de marzo de 2008. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XVIII. PERSONAL

Policía. Incapacidad derivada de acto de servicio. Solicitud de indemnización por incapacidad derivada de acto de servicio. La ausencia de cobertura de póliza no es obstáculo para reconocer el derecho a indemnización.

Se impugna en el presente proceso el escrito de la División de Personal-Acción Social de fecha 28 de noviembre de 2005 por la que se deniega la solicitud de que le fuese abonada la cantidad de 31.252,55 € como indemnización dada su situación de jubilado por incapacidad permanente como consecuencia de enfermedad en acto de servicio.

En cuanto a los hechos ha de referirse los siguientes:

1) El demandante, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, fue jubilado por resolución del Secretario de Estado de Seguridad de fecha 24 de mayo de 2002.

2) Por sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se reconoce que la jubilación es producida como consecuencia del servicio prestado a la Administración y con ocasión de la enfermedad que sufrió con motivo de una intervención policial que tuvo lugar el 9 de noviembre de 1997

3) La Dirección General de la Policía suscribió con efectos de fecha 1 de junio de 1993, y haciendo efectivo lo establecido en la Orden del Ministerio del Interior de esa fecha, una póliza con la entidad Musini cuya cobertura se extendiera a los accidentes producidos en acto de servicio o con ocasión del mismo al personal asegurado y cuya vigencia finalizaba el 30 de junio de 1998.

4) Con fecha de efectos 1 de agosto de 1999 se suscribe nueva póliza con idéntica cobertura con la compañía Mapfre, con un periodo de vigencia de dos años, con prorrogas anuales.

Sobre la base de los hechos anteriores y dado que el accidente que en definitiva vino a determinar la declaración de jubilación tuvo lugar el día 9 de junio de 1996, en esa fecha estaba en vigor la póliza de seguros suscrita con Mussini si bien según la cláusulas contractuales dicha compañía asumiría las indemnizaciones estipuladas cuando la declaración de jubilación por incapacidad se reconociese dentro del periodo de vigencia de la póliza, extremo que no concurre por cuanto ésta tiene lugar por sentencia de 3 de octubre de 2005 y sin que tampoco puede acogerse el demandante a los beneficios derivados de la póliza suscrita con Mapfre por cuanto el accidente tuvo lugar con anterioridad al 1 de agosto de 1999, existiendo por ello un periodo de carencia de cobertura que determina que no exista derecho a la indemnización reclamada.

Invoca la Abogacía del Estado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo al considerar que la solicitud de indemnización la insta el recurrente de la Compañía Mapfre y no de la Administración. Esta afirmación no es cierta pues según resulta del expediente administrativa, la solicitud la

formula el actor dirigiéndola a la Dirección General de la Policía-Negociado de Acción Social, siendo ésta la que la remite a la entidad aseguradora. Posteriormente es la propia Dirección General la que contesta la solicitud de indemnización trasladando y haciendo suyo el escrito remitido por Mapfre, pero ello no obsta para entender que ha existido una resolución administrativa habilitante del recurso contencioso-administrativo.

Como resulta de las actuaciones practicadas por Orden comunicada del Ministerio del Interior de 15 de julio de 1988 se establecieron determinadas ayudas económicas en favor los funcionarios del Cuerno Nacional de Policía o de sus familiares en los casos de muerte o inutilidad total producida en acto de servicio, las cuales habrían de abonarse con cargo a las dotaciones del Departamento de Acción Social de la Dirección General de la Policía. Tal orden fue dejada sin efecto por la orden comunicada de 1 de junio de 1993 al haberse suscrito una póliza de segura de accidentes que garantizaba dichas coberturas a partir del uno de junio de 1993, suscripción que se había llevado a cabo -según se expresa en la referida Orden- "con el fin de garantizar en todo momento el abono de este tipo de ayudas, sin que puedan quedar, condicionadas al número de siniestros o a las limitaciones de las asignaciones crediticias afectadas al Departamento de Acción Social, y al tiempo mejorar el alcance y cobertura de las mismas". Según circular de la Dirección General de la Policía publicada, al igual que la citada orden comunicada el 5 de julio de 1993, las **indemnizaciones** pactadas de 2.000.000 pesetas para los supuestos de fallecimiento por accidente, invalidez permanente e invalidez absoluta habrían de solicitarse a la compañía **aseguradora** Mussini, a través del Departamento de Acción Social de dicha Dirección General, el cual facilitaría a los asegurados, en caso de producirse un siniestro que les afectase y que quedase cubierto por la póliza, el apoyo necesario para la reclamación de las **indemnizaciones** pertinentes.

De lo expuesto se deduce que, contrariamente a lo que afirma el Abogado del Estado, la ayuda reclamada viene reconocida por las Órdenes referidas. Lo único que hace la Orden de 1 de junio de 1993 es establecer el sistema de suscripción de pólizas de seguro como forma de mejorar el alcance y cobertura del derecho reconocido a fin de que no quede sujeto a insuficiencias presupuestarias. Es un modo de gestión que garantiza el abono de las ayudas cuya régimen jurídico ya venía establecido dentro del programa de Acción Social, pero que no puede afectar al reconocimiento y declaración del derecho haciéndolo depender de que exista o no póliza de seguro en vigor, unas veces al producirse el hecho determinante de las lesiones o enfermedad en acto de servicio y otras a la fecha en que se declare la jubilación por dicha causa. Si efectivamente no existe cobertura de seguro respecto del recurrente ello no es óbice para que se le reconozca el derecho a la ayuda o indemnización reclamada al concurrir los presupuestos de hecho determinantes del nacimiento del mismo, al margen de que su abono deba hacerse por una compañía aseguradora o por el Departamento correspondiente de la Administración.

(St de 15 de Abril de 2008. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García.)

XX.- RESPONSABILIDAD

Responsabilidad Sanitaria. Nacimiento de un hijo con síndrome Down tras la imposibilidad de la amniocentesis. Alcance de la exigencia de consentimiento informado.

Son hechos aceptados que la apelada, Da María Luisa Florido, gestante con 39 años de edad y siendo seguido su embarazo en el Hospital Universitario “Reina Sofía” de Córdoba se sometió en una clínica concertada, al tratarse de un embarazo de riesgo moderado, a una primera prueba de amniocentesis, a las 16 semanas de gestión, el día 24 de agosto de 2002 y que resultó fallida tras varios intentos. Dicha prueba fue repetida el día 2 de septiembre con idéntico resultado de imposibilidad de extracción del líquido amniótico, no practicándose ninguna prueba más a fin de determinar posibles malformaciones del feto y naciendo el 9 de febrero de 2003 el hijo de los apelantes sufriendo Síndrome de Down.

Fundamenta el juzgador de instancia su decisión de reconocimiento del derecho a indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque “no consta que la actora fuese informada del riesgo que asumía de tener un hijo con malformaciones y que, además, en ningún momento consta acreditado que ante el fracaso de las pruebas de amniocentesis practicadas se hubiese informado de la posibilidad de realizar otras pruebas que, aún cuando no fueran igualmente tan fiables, a excepción de la anteriormente indicada que se puede realizar entre las 20 y 21 semana de gestación, sí podían determinar con un porcentaje alto la existencia de malformaciones y, por ende” la posibilidad de un aborto terapéutico, previsto en el artº 417 bis del Código Penal.

En la denominada acción de *wrongful birth* (nacimiento injusto), los padres alegan que, al no haberse detectado (bien por error en el diagnóstico o por no aconsejar sobre la conveniencia de llevar a cabo el diagnóstico prenatal, esto es, por no haber dado lugar a él) o no habérseles informado en momento oportuno (aun sin haber error de diagnóstico, no se comunica éste en tiempo y debida forma a los padres) sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con malformaciones, se les privó de la posibilidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no, o sobre si dar lugar o no al nacimiento.

No surge por tanto derecho a indemnización por el nacimiento de un hijo con síndrome de Down, sino por la imposibilidad de la madre de adoptar la decisión de continuar o no con el embarazo. En el presente caso no hay error en el diagnóstico que haga suponer que equivocadamente se hizo saber a los padres la inexistencia de malformaciones en el feto, puesto que no se pudo llegar a realizar diagnóstico alguno ante el resultado fallido de las dos amniocentesis intentadas, ni, evidentemente, nos encontramos ante un

diagnóstico certero notificado tardíamente. Tampoco se puede reprochar a la Administración sanitaria que no aconsejara a los padres sobre la conveniencia de llevar a cabo el diagnóstico prenatal pues este se intentó con las dos amniocentesis fallidas, prescritas en base a la única indicación de la edad de la gestante, sin la realización previa de ninguna otra prueba de evaluación del riesgo de síndrome de Down.

El motivo determinante del derecho a indemnización lo concreta la sentencia apelada en que la madre no fue informada del riesgo de alumbrar un hijo con síndrome de Down, sin que se le hiciera saber la existencia de otras pruebas igualmente fiables.

Así las cosas hay que indicar, en primer lugar, que el hecho de que D^a María Luisa se sometiera por dos veces a la realización de una amniocentesis invalida la afirmación contenida en la sentencia de que no fue informada sobre la posibilidad de que naciera un hijo con malformaciones, máxime cuando se trata de una secundípara con un hijo anterior sano. Precisamente este riesgo, que por el indicador de edad era sólo moderado, fue el determinante de que se prescribiera la práctica de dicha prueba de diagnóstico prenatal y es difícilmente creíble que la apelada no conociera cual era la finalidad de la amniocentesis.

La cuestión radica entonces en si ante el fracaso, por dos veces, de la amniocentesis (sin que en ningún momento haya habido reproche alguno indicativo de una praxis torpe en su realización) a la gestante se le debió informar sobre otras pruebas de similar fiabilidad, tal y como se afirma en la sentencia, aceptando el argumento de los demandantes.

Es ente este último aspecto donde tanto el juzgador como los apelados incurren en confundir las pruebas dirigidas a evaluar el riesgo (probabilidad) de síndrome de Down con las de diagnóstico prenatal de dicha malformación. Son varios los indicadores de la conveniencia de realizar la prueba de diagnóstico prenatal, pero estos, por sí solos o en su conjunto, ni afirman ni descartan la existencia de un síndrome de Down. La edad de la gestante, mayor de 35 años, la anomalía cromosómica de los padres, tener un hijo anterior con igual malformación, la prueba de tamizaje bioquímico positiva (prueba triple o screening genético) o los hallazgos ecográficos sugerentes, incluso en 3D, 4D, Doppler y Power Color, son únicamente diagnósticos de signos indirectos de alteraciones cromosómicas de aparición precoz para el despistage de síndrome de Down. El resultado de las pruebas referidas y los demás indicadores apuntados son los que precisamente van a aconsejar, en su caso, la realización de la amniocentesis como forma de obtener células fetales mediante la extracción de una pequeña cantidad del líquido amniótico del útero, donde se encuentran células desprendidas de la piel del feto. Es el estudio cromosómico de las células del feto el que, con una alta fiabilidad, va a determinar la existencia o no de un síndrome de Down y precisamente esta prueba fue prescrita, aunque resultó fallida por causa que no ha sido en ningún momento referida a una posible mala praxis en su fracasada ejecución. De lo expuesto se trae una primera conclusión : si por el só-

lo indicador de la edad de la gestante ya se recomendó la realización de la prueba de diagnóstico prenatal que es la amniocentesis, resultaría superfluo, ante lo fallido de dicha prueba, prescribir otras como las citadas cuya finalidad no es otra sino la de determinar si resulta o no conveniente llevar a cabo una amniocentesis, dados los riesgos para el feto que conlleva ésta última.

Es cierto que la obtención de células fetales puede tener lugar no sólo a través de una amniocentesis sino también mediante la biopsia de placenta (vellosidades coriales) o la cardocentesis (extracción de sangre del cordón umbilical), pero estas técnicas son tanto o más invasivas que la intentada e incluso como en la biopsia de placenta limitada al primer trimestre del embarazo y con mayor riesgo que la amniocentesis. El fracaso, por dos veces, de ésta última prueba difícilmente puede determinar que debió aconsejarse o informar sobre la práctica de otras más excepcionales, igualmente invasivas y de mayor riesgo.

De todo lo expuesto hay que concluir que no se aprecia una omisión de información por parte del personal sanitario que asistió a la gestación de la apelada que pueda determinar el nacimiento de una responsabilidad patrimonial de la Administración, con la consiguiente estimación del recurso de apelación y revocación de la sentencia recurrida.

(St. de 20 de mayo de 2008. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

Responsabilidad Administrativa. Accidente en bici en vía pecuaria. Competencia de la Junta de Andalucía y no del Ayuntamiento.

Frente a la conclusión a la que llega el juzgador de instancia de que el lugar donde el apelante sufre el accidente es una vía pecuaria, titularidad de la Junta de Andalucía, con la consiguiente exclusión de responsabilidad de la Corporación Local demandada, se opone al formular la apelación que existe una responsabilidad solidaria de la Comunidad Autónoma andaluza y del Ayuntamiento de Córdoba por cuanto el concreto lugar en el que tuvo lugar el accidente ostenta la doble condición de vía pecuaria y de camino público vecinal, registrado con el n° 38 según el informe del Área de Seguridad y Tráfico del Ayuntamiento y el emitido en periodo probatorio del recurso por el Servicio de Planeamiento de la Gerencia de Urbanismo.

Del examen de la documental obrante tanto en el expediente como en el proceso administrativo, así como de la testifical practicada, esta Sala, en correspondencia con la conclusión a la que se llegó en la sentencia apelada, considera que el concreto lugar en el que el recurrente sufrió el accidente cuando circulaba en bicicleta al encontrarse inesperadamente con resto de poda de árboles próximos, corresponde con la vía pecuaria “El Villar”, que

fue parcialmente desafectada por resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía con posterioridad a la fecha en que tuvo lugar el accidente. Ni el informe del Servicio de Planeamiento afirma que el camino público sea de titularidad municipal ni desde luego tal conclusión puede extraerse el emitido por el Área de Seguridad y Tráfico municipal.

Es cierto que aunque nos encontremos en vía pecuaria, la Corporación Local puede ostentar competencias sobre el terreno que conforma la misma determinantes, en su caso, de responsabilidad patrimonial. Esta afirmación puede, en realidad, extenderse a la totalidad del término municipal ya que éste es el espacio sobre el cual el Ayuntamiento ejerce sus competencias. Sin embargo, lo que no puede desconocerse es, por un lado, el hecho de que la causa del accidente es la existencia de resto de poda de árboles que el propio apelante manifiesta que debería de haber autorizado la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y, por otro, que según el Decreto 155/1998, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Vías Pecuarias de la Junta de Andalucía, es a la Consejería de Medio Ambiente a quien compete la gestión y administración de la vía pecuaria (art. 11) y que si bien su uso es fundamentalmente ganadero, ello no excluye el que se compatibilice con otros propios de esparcimiento y ocio, citando entre ellos el art. 58 el cicloturismo, con lo que pierde virtualidad la afirmación del apelante de que el camino o vereda (en terminología propia de la reglamentación sobre vías pecuarias) es utilizado habitualmente para la práctica del ciclismo, pues esta circunstancia no desnaturaliza su condición de bien de dominio público, titularidad de la Junta de Andalucía.

Como quiera que ha sido la propia Administración Autonómica la que al dudar de que se trate de una vía pecuaria obliga al apelante a dirigir su reclamación también frente al Ayuntamiento, ésta confusión creada por la propia Administración es motivo suficiente para justificar que las costas de esta segunda instancia no deban imponerse a la parte apelante. (art. 139 LJCA)

(St. de 31 de marzo de 2008. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

Responsabilidad sanitaria. Se resuelven desestimándolos dos recursos de apelación. En el primero se da por bueno el Anexo a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor para determinada cuantía de la indemnización. En el segundo se recoge la teoría del daño desproporcionado.

Aceptando esta Sala la relación de hechos contenida en el párrafo segundo del primer fundamento de derecho de la sentencia apelada, la discrepancia inicial de la apelante Da Manuela Sousa surge en relación con la solicitud de indemnización por los gastos que tuvo que hacer frente para su asisten-

cia sanitaria en una clínica privada. En particular se alega que la irreconciliable discrepancia entre los facultativos especialistas en urología y radiología del Hospital público Infanta Luisa de Huelva sobre la necesidad/posibilidad de practicar una nefrectomía y la falta de solución terapéutica a la dolencia que presentaba la paciente, obligaron a ésta a buscar una solución trasladándose a la clínica La Luz de Madrid donde, descartada la realización de la nefrectomía, se la intervino quirúrgicamente para restaurar el uréter al presentar sección del mismo y corte en la vejiga.

Con pleno acierto se menciona en la sentencia la distinción, tanto en el régimen jurídico como en la jurisdicción competente, entre los supuestos de solicitud de reintegro de gastos sanitarios derivados de una situación de riesgo vital y los acaecidos como consecuencia de una falta injustificada de asistencia por la sanidad pública, siendo este segundo supuesto el presente en el recurso formulado. Sobre esta base, no puede afirmarse que haya existido falta de asistencia o una asistencia deficiente de tal gravedad que justifique la decisión de acudir a una clínica privada por parte de la reclamante. Es cierto que tal proceder, como por lo demás se refleja en la sentencia apelada, dada la divergencia entre facultativos sobre el tratamiento a seguir en la dolencia que presentaba D^a Manuela determina que en la misma surja la desconfianza y la duda y que se intente poner fin a la misma acudiendo a los servicios que pudieran prestarse en otro establecimiento sanitario. Sin embargo, la posibilidad del reintegro de los gastos que tal decisión comporta pasa, ineludiblemente, como supuesto de responsabilidad patrimonial, por una cumplida acreditación de la existencia de un funcionamiento deficiente del sistema público sanitario concretado en el prestado en este caso por el Hospital Infanta Luisa de Huelva. Y tal funcionamiento anormal no existe por la mera circunstancia de haber discrepancia entre dos especialistas sobre la realización de una prueba como es la nefrectomía cuando, además, tal divergencia surge porque uno de ellos, el urólogo, insiste en la necesidad de practicarla, en tanto que el radiólogo llama la atención sobre la imposibilidad de hacerla dada la inflamación del riñón y la conveniencia de que la misma disminuyera. El estado general de la paciente se consideró que era bueno y no presenta riesgo alguno, y esto no es discute, no siendo precisa una intervención inmediata. Esta circunstancia justifica que se señalara un fecha posterior para intentar nuevamente la práctica de la nefrectomía y, sin embargo, es la víspera cuando se solicita el alta voluntaria, acudiendo a una clínica privada donde es intervenida quirúrgicamente cuatro días después del ingreso. Nada hace pensar que la divergencia entre profesionales sanitarios no se solventara y pusiera en riesgo la salud o incluso la vida de la paciente o, cuando menos, esto no deja de ser una suposición, una mera especulación que no puede tener virtualidad suficiente para justificar la declaración de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario que implicara el derecho a ser reintegrado de los gastos soportados.

Por su parte, el Servicio Andaluz de Salud se opone a la declaración de responsabilidad patrimonial que contiene la sentencia alegando que las lesiones vesicales, ureterales y/o uretrales son riesgos previsibles en una histerectomía como fue la practicada a D^a Manuela, de los que fue debidamente informada, y sin que se hubiera acreditado la existencia de mala praxis en la intervención quirúrgica.

Al respecto hay que señalar que ciertamente no nos encontramos ante un resultado dañino incompatible con las consecuencias propias de una histerectomía y que nos llevaría al campo de la teoría del daño desproporcionado o culpa virtual. Aquí, la lesión ureteral es uno de los riesgos patognomónicos, pero no podemos desconocer que estamos ante un supuesto de yatrogenia, de daño derivado de una actuación médica que, evidentemente, no determina por sí sola la existencia de mala praxis, pero que sí que conduce a la aplicación de la teoría de la facilidad probatoria. Es decir, que aunque Da Manuela fuera informada de la posibilidad de sufrir lesiones ureterales como consecuencia de la histerectomía a la que sería sometida, la producción de un riesgo previsible no determina que este fuera inevitable. Tendrá entonces que apreciarse si la sección del uréter y corte en la vejiga que sufrió la paciente en la intervención quirúrgica responde o no a una incorrecta praxis en la actuación del facultativo.

Llegados a este punto, los facultativos del Hospital Infanta Luisa reconocen que la yatrogenia causada no fue apreciada durante la intervención quirúrgica, sino advertida por los síntomas que con posterioridad presentaba la paciente y tras la realización de la pruebas médicas oportunas. Por lo demás, ninguna explicación se ofrece sobre el motivo por el cual se produjo la sección del uréter y el corte en la vejiga cuando es evidente que el facultativo que practica la histerectomía es el único que puede aportar las razones por las cuales, de manera inevitable, este daño tuvo lugar. Es pues el médico el que tiene en su poder las fuentes de prueba y se encuentra, por tanto, en mejor disposición de acreditar unos hechos. El que normalmente se deba acreditar por el reclamante la mala praxis para declarar la responsabilidad por actuación sanitaria, no excluye el que la carga de probar deba combinarse con la facilidad para probar (favor probationis). Y aquí nos encontramos con que ni el daño producido es advertido durante la intervención quirúrgica ni, además, se da explicación alguna de por qué tuvo lugar, razón por la cual debe concluirse, ante la producción de un daño no justificado, que existe responsabilidad patrimonial del SAS.

Ratificada la responsabilidad patrimonial queda por último el examen del segundo motivo por el cual Da Manuela articula el recurso de apelación. El mismo va referido al quantum de la indemnización fijada en la sentencia apelada, en concreto en las secuelas y que, frente a los 3.882.06 € recogidos en la sentencia, la apelante considera que debe ascender a 18.361,86 €. Ningún motivo apreciamos para modificar la resolución impugnada en este aspecto. La juzgadora de instancia ha optado, en decisión válida entre las po-

sibles, por la aplicación del sistema de valoración anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, fijándolo respecto a las secuelas en 6 los puntos atendiendo al perjuicio estético (2 puntos), trastornos miccionales (2 puntos) y síndrome ansioso depresivo (2 puntos), aplicando correctamente el baremo y sin que advirtamos circunstancia alguna que justifique la no aplicación de un parámetro indemnizatorio que, en el presente caso, concluyó con una indemnización proporcionada.

(St. de 4 de marzo de 2008. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)